

# Rechtsgeschichte Legal History

[www.lhlt.mpg.de](http://www.lhlt.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg32>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 32 (2024)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg32/247-248>

Rg **32** 2024 247–248

**Santiago Legarre \***

## El originalismo, en un mar de aciertos y confusiones

[Originalism in a Sea of Sound and Unsound Arguments]

\* Universidad Católica Argentina / CONICET, Buenos Aires, [santiagolegarre@uca.edu.ar](mailto:santiagolegarre@uca.edu.ar)



Georg Jellinek während seiner zweimonatigen Hochzeitsreise durch Italien nicht viel aus fixen Reiseplänen machte (93) und angedeutet, dass Freuds Theorie des ödipalen Ursprungs der menschlichen Gesellschaft für Kelsen eine Bestätigung seiner Kritik an modernen Staatstheorien war (176). Trotz dieser umfassenden Bemühung um Kontexte sind manche Regionen wie Böhmen und Ungarn mit ihren historischen Rechtsansprüchen stark überrepräsentiert und andere Teile des Reichs in ihrer Zugehörigkeit zu größeren, später nationalen Einheiten wie Dalmatien oder Galizien kaum vertreten.<sup>14</sup> Zumindest eine Erklärung für dieses Ungleichgewicht hätte man sich beim Lesen gewünscht.

Zum Abschluss zurück zu Bachmann. In ihrer wenige Jahre nach Kriegsende verfassten Disserta-

tion über »Die kritische Aufnahme der Existentialphilosophie Martin Heideggers«<sup>15</sup> hat sie in Wittgensteins Positivismus und dem Wiener Kreis das Instrumentarium gefunden, um die Existenzialphilosophie nach Heidegger zu kritisieren. Wie Heidegger in *Sein und Zeit* die unterschiedlichen Zeitformen diskutierte, um eine grundsätzlichere Analyse des Seins einzuleiten, so führt jedoch auch Bachmann in ihrem Werk *Die gestundete Zeit* eine auf den zwischenhaften Charakter von Zeitlichkeit gerichtete Betrachtung durch. Doch gerade diese künstlerisch-poetische Herangehensweise, im Gegensatz zu einer wissenschaftlichen, rechtfertigt für sie die Auseinandersetzung mit solchen Formen der Zeitlichkeit.<sup>16</sup>



**Santiago Legarre**

## El originalismo, en un mar de aciertos y confusiones\*

La principal virtud de *Common Good Constitutionalism* es que, mediante este libro, Adrian Vermeule patea el tablero; y se trata de un tablero que necesita ser pateado: el del debate interpretativo dentro del constitucionalismo estadounidense, que hoy pivotea en torno a la idea de »originalismo« (*for and against*). El principal defecto de la obra, es que patea el tablero demasiado lejos; o en la dirección equivocada.

En la medida en que el originalismo es *original*, se trata de un fenómeno vernáculo y contingente del constitucionalismo estadounidense, no factible de exportación indiscriminada, relacionado directamente con un documento histórico norteamericano del siglo dieciocho. En la medida en que se trata de una teoría interpretativa *incorrecta*, se identifica sustancialmente con el positivismo legal. En la medida en que el originalismo es una teoría

interpretativa *correcta*, tiene de verdad lo que tiene de verdad el positivismo legal: el recordatorio de la importancia fundamental del orden jurídico positivo. Vermeule no se hace del todo cargo de lo primero; acierta en identificar lo segundo; y omite advertir en toda su dimensión lo tercero. Su libro es un mar de aciertos y confusiones. Aunque los primeros podrían sobrepasar a los segundos (en la medida en que los aciertos versan acerca de reivindicaciones importantes), las confusiones en la letra chica – y en especial las que versan sobre aspectos históricos – ponen en riesgo el valor global de la empresa acometida.

Toda la obra pivotea sobre la distinción entre *lex* y *ius*, cuyos significados Vermeule estipula no más comenzar. *Lex* es el derecho positivo; *ius* – al que identifica de a ratos con *ius commune* – incluye la justicia, el derecho natural y el derecho de gentes.

14 Zu Dalmatien, siehe zuletzt JOHANNES KALWODA, *Parteien, Politik und Staatsgewalt in Dalmatien (1900–1918)*, Wien 2023.

15 INEBORG BACHMANN, *Die kritische Aufnahme der Existentialphilosophie Martin Heideggers*, Dissertation Universität Wien 1949. Inzwischen

erschieden unter gleichem Titel bei Piper: München 1985 und 2022.

16 JOACHIM EBERHARDT, *Existentialphilosophie und Existentialismus*, in: MONIKA ALBRECHT, DIRK GÖRTSCHE (Hg.), *Bachmann-Handbuch. Leben – Werk – Wirkung*, 2. Aufl. Stuttgart 2020, 295–298.

\* ADRIAN VERMEULE, *Common Good Constitutionalism: Recovering the Classical Legal Tradition*, Cambridge: Polity Press 2022, VIII + 241 p., ISBN 978-1-509-54886-6

El error del originalismo consistiría en concentrarse en *lex* y olvidarse de *ius*; el error de las teorías opuestas al originalismo (a las que a veces llama «progresivismo constitucional») consistiría en olvidarse de *lex* y favorecer otros valores. La visión del autor adolece de un problema terminológico (como tal, menos importante) y de uno conceptual (más importante, pero acaso facilitado por el fracaso terminológico).

En el plano terminológico, las estipulaciones de Vermeule no se corresponden con las definiciones habituales de *lex* y de *ius*. El autor omite considerar que *lex* puede ser tanto ley positiva como natural: la *lex naturalis* constituye un capítulo importante de la fuente iusnaturalista en la que Vermeule abreva. La otra cara de la moneda es igualmente cierta: no todo *ius* es natural: también existe, según la misma tradición, el *ius* positivo. Es cierto que, como señala el autor, la lengua inglesa es menos rica que otras para expresar las realidades de *lex* y *ius*. Mientras que las lenguas romances permiten distinguir más fácilmente entre «ley» y «derecho» (y sus equivalentes italianos, franceses, etc.), en inglés el término «law» reduce el perímetro terminológico. Esto surge claramente del famoso debate de 1972 entre Michel Villey y John Finnis en las páginas de los *Archives de Philosophie du Droit*, ignorado por Vermeule, al igual que toda la obra de Finnis, a quien cita una sola vez y de un modo marginal – a pesar de que Finnis es la persona que más y mejor ha escrito en inglés acerca de todos los temas que le interesan a Vermeule.

La confusión terminológica y la diferencia entre el inglés y las lenguas romances llevan como de la mano al problema conceptual, consistente en una cierta confusión entre moral y derecho. Supongamos que uno dice: «Bueno, Vermeule no llama *lex* y *ius* a lo que la mayoría llama así. Pero aclarados los términos, ¿con qué nos quedamos?». Pareciera que la elección terminológica llevase al autor a devaluar el derecho positivo y a asignar valor normativo – valor de fuente del derecho – a un *collage* de hechos y valores. Bajo los nombres de derecho natural, justicia y derecho de gentes, no queda claro qué permanece de las determinaciones positivas realizadas en el pasado para guiar el presente – eso que llamamos «derecho». En un plano descriptivo, es cierto que la idea de derecho positivo en muchos casos se encuentra en decadencia o está pasada de moda, mientras que las filosofías del derecho centradas en el poder, la economía y en valores como la utilidad, gozan de más

popularidad. Pero la popularidad no debería ser índice de corrección para quien, como Vermeule, cree en la verdad y el error en materias prácticas. Además, el juicio de Vermeule sobre esta teoría no es uno de popularidad (más aún, él cree que en su país lo popular hoy es el originalismo, y tal vez tenga razón en eso). Su juicio es más bien de valor: es un acierto, sostiene, dejar atrás lo que él llama «positivismo», a favor de una visión que no esté atada por condicionamientos normativos «rígidos».

Volvemos con esto a los problemas terminológicos. La palabra «positivismo» padece de un alto grado de confusión, a la cual bastante contribuyó Ronald Dworkin, autor al cual Vermeule paga tributo encendido en su libro. Pero en cualquier significado que se atribuya a «positivismo», el «*common good constitutionalism*» defendido en el libro reseñado abdica de lo que Finnis una vez llamó «*the truth in legal positivism*», en un famoso artículo homónimo: la verdad de que el derecho natural solo puede entenderse por relación al derecho positivo (y viceversa), formulada por Tomás de Aquino en la *Summa Theologiae*, al escribir que el derecho positivo deriva del derecho natural, por conclusión y por determinación. Aunque no cita a los filósofos racionalistas de los siglos XVII y XVIII, como Pufendorf y Wolff, el iusnaturalismo de Vermeule parece por momentos atribuirle a la normatividad del derecho natural unos niveles de definición no muy distintos de los que le atribuían aquellos moralistas ilustrados. Acaso la confusión terminológica haya acarreado también esta consecuencia desafortunada. O será como el huevo y la gallina, y no se podrá identificar bien cuál es la causa y cuál la consecuencia: si el mareo de las ideas explica el desacierto de las elecciones terminológicas o es esta la que lleva a dicho mareo. En definitiva, es probable que haya un poco de las dos cosas.

Como dije al comenzar, el libro tiene numerosos aciertos, entre los cuales debe resaltarse el coraje del autor para afrontar temas espinosos. Esta característica de la obra sobresale cuando ofrece ejemplos y aplicaciones (y en el mismo hecho de que se atreva a ofrecerlos, lo cual es digno de aplauso). Estos ejemplos (casi todos, casos jurisprudenciales estadounidenses) se agradecen, incluso cuando (según el ojo de este lector) fracasan en ocasiones. Porque estas sirven siempre para testear la tesis del autor. ■